

BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XII ZR 63/96

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGB §§ 768 Abs. 1 Satz 1, 558, 223 Abs. 1, 390 Satz 2

- a) Haben die Parteien eines Miet- oder Pachtvertrages vereinbart, daß eine Mietsicherheit in Form einer Bürgschaft zu leisten ist, sind der Bürge und der Mieter oder Pächter nicht gehindert, sich auf die Verjährung der durch die Bürgschaft gesicherten Ansprüche zu berufen.
- b) Daß der Vermieter oder Verpächter gegenüber dem Anspruch auf Rückzahlung einer Barkautions auch mit verjährten Forderungen hätte aufrechnen können, rechtfertigt keine analoge Anwendung des § 390 Satz 2 BGB. Auch § 223 Abs. 1 BGB und die zu § 17 Abs. 8 VOB/B entwickelte Rechtsprechung (BGHZ 121, 168 ff. und 173 ff.) sind nicht entsprechend anwendbar.

BGH, Urteil vom 28. Januar 1998 - XII ZR 63/96 - OLG Schleswig
LG Itzehoe

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 1998 durch den Vorsitzenden Richter Dr. Blumenröhr und die Richter Dr. Krohn, Gerber, Sprick und Weber-Monecke

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 4. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 14. Februar 1996 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt von dem Beklagten die Zustimmung zur Auszahlung einer Bürgschaftssumme von 20.000 DM.

Mit "Untermietvertrag/Unterpachtvertrag" vom 25./28. September 1990 überließ die Klägerin dem Beklagten die Nutzung einer von ihr gemieteten Gaststätte. § 5 des Vertrages lautet:

"Der Kunde (= Beklagter) entrichtet an die B.
(= Klägerin) eine Kautions in Höhe von DM 20.000,00
...

Die Kautions ist wie folgt zu entrichten:

- 3 -

Der Kunde bringt eine Bankbürgschaft über
DM 20.000,00 bei. ..."

Entsprechend dieser Vereinbarung brachte der Beklagte eine unbefristete Bankbürgschaft bei, in der die Bürgin auf die Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorauklage (§§ 770, 771 BGB) verzichtete. Die Urkunde enthält den einleitenden Hinweis:

"Der Mieter ist verpflichtet, eine Kautions in Höhe von DM 20.000,-- zu hinterlegen. Der Sicherheitsbetrag kann auch in Form einer Bankbürgschaft hinterlegt werden."

Am 29. Juni 1992, einen Tag vor Beendigung des Vertragsverhältnisses der Parteien, gab der Beklagte die Gaststätte an die Klägerin zurück. Nachdem der Hauptvermieter die Klägerin und diese ihrerseits den Beklagten (mit Schreiben vom 15. Juli 1992 unter Fristsetzung zum 27. Juli 1992 und Ablehnungsandrohung) vergeblich zur Vornahme unterlassener Schönheitsreparaturen aufgefordert hatten, wurde die Gaststätte zum 1. Oktober 1992 einem neuen Betreiber überlassen.

Auf die Klage des Hauptvermieters wurde die Klägerin unter anderem rechtskräftig verurteilt, 17.852,40 DM Schadensersatz wegen unterlassener Schönheitsreparaturen sowie 14.737,88 DM Nutzungsentschädigung für Juli und August 1992 zu zahlen; der Anspruch auf Nutzungsentschädigung für September 1992 wurde abgewiesen. In jenem Rechtsstreit hatte die Klägerin dem Beklagten mit am 19. Februar 1993 bei Ge-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

richt eingegangenem und dem Beklagten am 1. März 1993 zugestelltem Schriftsatz den Streit verkündet.

Gegenüber dem Verlangen der Klägerin, ihr diese Beträge zu erstatten, erhob der Beklagte die Einrede der Verjährung. Die Bürgin lehnte die Zahlung ebenfalls ab, erklärte sich aber bereit, aus der von ihr übernommenen Bürgschaft Zahlung zu leisten, soweit der Beklagte rechtskräftig verurteilt werde, der Auszahlung eines Bürgschaftsbetrages zuzustimmen.

Soweit die Klägerin diese Zustimmung begehrt, blieb ihre Klage in beiden Instanzen ohne Erfolg. Mit der - zugelassenen - Revision verfolgt sie ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

Die Revision hat keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Berufungsgericht offen gelassen, ob der Klägerin Schadensersatzansprüche wegen unterlassener Schönheitsreparaturen zustehen. Denn seine Auffassung, daß dem geltend gemachten Anspruch auf Zustimmung zur Auszahlung der Bürgschaftssumme jedenfalls die vom Beklagten auch insoweit erhobene Einrede der Verjährung entgegensteht, läßt Rechtsfehler nicht erkennen.

1. Die Ansprüche, wegen derer die Klägerin die Bürgin in Anspruch nimmt, sind, wie auch die Revision nicht in Abrede stellt, verjährt. Ersatzansprüche des Vermieters oder Verpächters wegen unterlassener Schönheitsreparaturen ver-

jähren gemäß §§ 581 Abs. 2, 558 Abs. 1 und 2 BGB in sechs Monaten, beginnend mit dem Zeitpunkt, in dem sich der auf Vornahme der Schönheitsreparaturen gerichtete Erfüllungsanspruch gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB in einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung umgewandelt hat (vgl. BGHZ 107, 179, 184). Dies gilt auch, soweit wegen unterlassener Schönheitsreparaturen Ersatz eines darauf beruhenden Miet- oder Pachtzinsausfalls verlangt wird (vgl. Senatsurteil vom 10. Juli 1991 - XII ZR 105/90 - NJW 1991, 2416, 2417; BGH, Urteil vom 11. November 1964 - VIII ZR 149/63 - NJW 1965, 151).

Die sechsmonatige Verjährungsfrist, deren Lauf hier spätestens mit Ablauf der zum 27. Juli 1992 gesetzten Frist zur Vornahme der Schönheitsreparaturen begonnen hatte, war am 19. Februar 1993 bereits verstrichen und konnte durch die an diesem Tage eingegangene Streitverkündung nicht mehr nach §§ 209 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 4 BGB, 270 Abs. 3 ZPO unterbrochen werden. Dies gilt auch für den Pachtausfallschaden für die Zeiträume, die zu diesem Zeitpunkt weniger als sechs Monate zurücklagen. Denn der Beginn der Verjährungsfrist gilt einheitlich für alle voraussehbaren künftigen Mietausfälle, die aus der Verletzung der vertraglichen Instandsetzungspflichten folgen, ohne daß es auf den jeweiligen monatlichen Entstehungszeitpunkt der Mietausfälle ankommt (vgl. BGHZ 50, 21, 23 f.; Senatsurteil vom 19. November 1997 - XII ZR 281/95 -, zur Veröffentlichung bestimmt).

2. Da die Klägerin sich aus der Bürgschaft wegen verjährter Ansprüche befriedigen will, läßt das Berufungsgericht die Verjährungseinrede auch gegenüber der Neben-

pflicht des Beklagten durchgreifen, der Klägerin die Inanspruchnahme der Bürgin durch Zustimmung zur Auszahlung der Bürgschaftssumme zu ermöglichen.

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision verhel-
fen ihr nicht zum Erfolg. Die Parteien haben weder verein-
bart, daß die zu erbringende Bürgschaft ausnahmsweise auch
verjährte Ansprüche sichern solle, noch hat die Bürgin dar-
auf verzichtet, sich gemäß § 768 Abs. 1 BGB auf die Einrede
der Verjährung des zu sichernden Anspruchs zu berufen. Die
Einrede der Verjährung ist auch nicht in entsprechender An-
wendung von § 223 Abs. 1 BGB, von § 390 Satz 2 BGB oder der
zu § 17 Nr. 8 VOB/B ergangenen Rechtsprechung ausgeschlos-
sen.

a) Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Sicherungs-
zweck der Bürgschaft der nach § 768 BGB an sich zulässigen
Einrede der Verjährung entgegensteht, wenn der Vermieter
dem Mieter die Befugnis einräumt, eine vereinbarte Barkau-
tion durch eine Bankbürgschaft zu ersetzen. Denn die Ausle-
gung des Berufungsgerichts, der Vertrag der Parteien sehe
allein eine Sicherheit in Form einer Bankbürgschaft vor,
hält den Angriffen der Revision stand.

Insoweit kann dahinstehen, ob es sich bei dem Vertrag
der Parteien um über den Bezirk des Berufungsgerichts hin-
aus verwendete Allgemeine Geschäftsbedingungen der Klägerin
handelt, oder ob zumindest § 5 des Vertrages einer nur ein-
geschränkten Nachprüfung durch das Revisionsgericht unter-
liegt, weil es sich um eine individuell ausgehandelte Klau-
sel handelt, wofür der Zusatz spricht, daß der namentlich
benannte Vorpächter, der den Vertrag mit unterzeichnet hat,

bis zum Eintreffen der neuen Bürgschaft selbstschuldnerisch für den Mietzinsanspruch haftet. Denn auch nach der Auffassung des Senats kommt eine andere Auslegung als die des Berufungsgerichts nicht in Betracht:

§ 5 Satz 1 des Vertrages, der bestimmt, daß der Beklagte eine Kautions in Höhe von 20.000 DM zu entrichten hat, kann entgegen der Auffassung der Revision nicht als vorrangige Vereinbarung einer Bankkautions verstanden werden. Denn in welcher Form die Kautions zu "entrichten" ist, bestimmen die folgenden Sätze, in denen allein die Beibringung einer Bankbürgschaft vereinbart ist.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Formulierung in der Bürgschaftserklärung der Bank, daß der Sicherheitsbetrag "auch" in Form einer Bürgschaft "hinterlegt" werden könne. Insoweit handelt es sich um eine ersichtlich ungenaue Wiedergabe der vertraglichen Vereinbarung der Parteien durch die Bürgin, die nicht auf eine entsprechende authentische Interpretation der Parteien schließen läßt. Die Klägerin hat auch nicht etwa vorgetragen, die Parteien hätten der Bürgin den Inhalt des Vertrages in dieser Weise mitgeteilt. Nur ein solches nachträgliches Verhalten der Parteien hätte aber einen Anhaltspunkt für eine vom Wortlaut des Vertrages abweichende Vereinbarung darstellen können.

Auch die Ansicht der Revision, die Parteien seien davon ausgegangen, daß die Klägerin aus der Bürgschaft solange vorgehen könne, wie sie im Besitze der Bürgschaftsurkunde sei, findet im Wortlaut der Bürgschaftsurkunde keine Stütze. Dort heißt es nämlich, daß die Verpflichtung aus

der Bürgschaft "spätestens" mit auflagenfreier Rückgabe der Urkunde erlösche.

Auch die insoweit erhobene Rüge übergangenen Beweisantritts greift nicht durch. Die Klägerin hatte zwar behauptet, die Parteien des Vertrages vom 25./28. September 1990 hätten vereinbart, daß die Klägerin sich aus der Bürgschaft auch nach Ablauf der Verjährungsfrist solle befriedigen können, zugleich aber vorgetragen, diese Vereinbarung ergebe sich aus den Umständen, zumindest aber aus einer ergänzenden Vertragsauslegung. Damit ist eine ausdrückliche Vereinbarung gerade nicht behauptet worden.

Die weitere, unter Beweis gestellte Behauptung, die Vertragsparteien seien davon ausgegangen, daß die Bürgschaft einer Sicherheitsleistung in Bargeld gleichwertig sei, wie eine "Barsicherheit" zu behandeln sei und die Verwertung der Bürgschaft ermöglichen solle, solange die Klägerin im Besitz der Bürgschaftsurkunde sei, ist folglich als Behauptung einer gemeinsamen, aber unausgesprochen gebliebenen Vorstellung der Vertragsparteien zu werten. Die Beklagte hat diesen Vortrag als unsubstantiiert bezeichnet und ausdrücklich bestritten. Unter diesen Umständen hätte die Klägerin ihren Vortrag konkretisieren und zumindest die näheren Umstände darlegen müssen, die auf eine derartige gemeinsame Vorstellung der Vertragsparteien hätten schließen lassen.

Der von der Klägerin angebotene Beweis durch "Zeugnis N.N. (Unterzeichner des Unterpachtvertrages vom 25./28.9.1990)" ist zudem ein ungeeignetes Beweismittel für die Vorstellungen des Pächters bei Abschluß des Vertrages.

Denn er bezieht sich ersichtlich auf das Zeugnis der beiden namentlich nicht benannten Vertreter der Klägerin, die den Vertrag unterzeichnet haben und deren Namenszüge unleserlich sind. Er bezieht sich nicht auf den Pächter und dessen Vorgänger, der den Vertrag als "Unterschriftenzeugen" mit unterzeichnet hat, denn deren Namen waren aus dem Vertrag ohne weiteres ersichtlich. Die Verhandlungsführer der Klägerin können indes über nicht verlautbarte Vorstellungen des Pächters keine Auskunft geben. Somit sind allein unausgesprochen gebliebene und damit unbeachtliche Vorstellungen der Klägerin selbst unter Beweis gestellt worden.

Es bedarf daher keiner Entscheidung, ob ein Beweisantritt, mit dem der Beweisführer seine eigenen Abschlußvertreter als "N.N." bezeichnet, von vornherein unbeachtlich ist oder das Gericht hätte veranlassen müssen, den Beweisführer aufzufordern, Namen und Anschrift der Zeugen zu benennen.

b) Auch die Bürgschaftserklärung enthält keinen Verzicht auf die Einrede der Verjährung des zu sichernden Hauptanspruchs.

Es bedarf keiner Entscheidung, ob der Bürge vor Eintritt der Verjährung der Hauptschuld auf die (abgeleitete) Einrede der Verjährung wirksam verzichten kann, oder ob einem solchen Verzicht § 225 Abs. 1 BGB entgegensteht (vgl. MünchKomm-BGB/Habersack, 3. Aufl. § 768 Rdn. 3 m.N.; Walther NJW 1994, 2337, 2338 m.N.). Denn nach dem Wortlaut der Urkunde hat die Bürgin allein auf die ihr selbst zustehenden Einreden nach §§ 770 und 771 BGB verzichtet. Ein Verzicht auf die Geltendmachung der dem Hauptschuldner zuste-

henden Einreden (§ 768 Abs. 1 Satz 1 BGB) ist in der Urkunde nicht erklärt worden. Anhaltspunkte, die die Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Urkunde erschüttern könnten, sind nicht gegeben.

c) Die Einrede der Verjährung ist auch nicht in entsprechender Anwendung des § 223 Abs. 1 BGB, des § 390 Satz 2 BGB oder der zu § 17 Nr. 8 VOB/B ergangenen Rechtsprechung ausgeschlossen.

Für eine analoge Anwendung des § 223 Abs. 1 BGB auf eine Bürgschaft ist auch dann kein Raum, wenn diese an die Stelle einer Mietkaution tritt (vgl. OLG Hamm NJW-RR 1995, 939 m.Anm. Blesch WuB I F 1a. - 5.96; Staudinger/Horn, BGB [1997] § 768 Rdn. 13). Denn abgesehen davon, daß § 223 Abs. 1 BGB einen Ausnahmekatalog enthält und die Bürgschaft gerade nicht erwähnt, gilt diese Vorschrift nur für dingliche Sicherheiten (vgl. Staudinger/Peters [1995] § 223 Rdn. 5), wie sich bereits daraus ergibt, daß sie dem Gläubiger die Befriedigung "aus dem verhafteten Gegenstande" gestattet. Die Bürgschaft ist aber Personal-, nicht Realsicherheit. Als rein schuldrechtlicher Vertrag weist sie dem Gläubiger - anders als die dinglichen Sicherheiten wie Grund- und Mobiliarpfandrechte, Sicherungsübereignung und Sicherungszession - nicht einen bestimmten Gegenstand zu vorrangiger Befriedigung zu (Larenz/Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Bd. II/2, 13. Aufl. § 60 I 1).

Auch eine entsprechende Anwendung des § 390 Satz 2 BGB kommt nicht in Betracht. Der Revision ist zwar einzuräumen, daß die Klägerin, wenn der Beklagte eine Barkaution geleistet hätte, nach dieser Vorschrift gegenüber dem Anspruch

auf Rückzahlung der Barkaution auch mit verjährten Ansprüchen hätte aufrechnen können (vgl. BGHZ 101, 244, 252). Im vorliegenden Fall war eine Barkaution aber gerade nicht vereinbart worden; der Vertrag sah vielmehr von vornherein nur die vom Beklagten dann beigebrachte Bankbürgschaft vor. Auch fehlt es an einer dem Normtatbestand des § 390 Satz 2 BGB vergleichbaren Konstellation; der Beklagte war der Klägerin gegenüber nicht mit eigenen Gegenansprüchen, etwa auf Rückgabe der Bürgschaftsurkunde, hervorgetreten, so daß sich seine Stellung auf die eines Schuldners beschränkte und eine der Aufrechnungslage entsprechende Situation schon aus diesem Grunde nicht bestand (vgl. Blesch aaO; vgl. auch LG Wiesbaden WuM 1986, 253).

Ohne Erfolg beruft die Revision sich schließlich auf die Rechtsprechung zur Gewährleistungsbürgschaft als Sicherheit im Sinne des § 17 Nr. 8 VOB/B (vgl. BGHZ 121, 168, 171 und 121, 173, 178; OLG Köln NJW-RR 1994, 16 f.). Daß der Besteller beim VOB-Vertrag auch nach Verjährung seiner Gewährleistungsansprüche wegen rechtzeitig geltend gemachter Mängel auf die Gewährleistungsbürgschaft zurückgreifen darf, beruht auf der besonderen Regelung des § 17 Nr. 8 VOB/B, die ihm eine Zurückhaltung der Sicherheit wegen noch nicht erfüllter Gewährleistungsansprüche unter der Voraussetzung gestattet, daß er die Mängel, auf denen diese Ansprüche beruhen, in unverjährter Zeit gerügt hat (vgl. BGHZ aaO 175; Staudinger/Horn aaO § 768 Rdn. 14). Eine vergleichbare, letztlich den § 768 BGB abändernde Bestimmung findet sich hier aber weder im Vertrag der Parteien noch in der Bürgschaftsurkunde (vgl. OLG Hamm aaO).

Blumenröhr

Krohn

Gerber

Sprick

Weber-Monecke